

Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi¹

z dnia 21 października 2016 r. (Dz.U. 2016, poz. 1920)²

(zm.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1669, poz. 1693)

¹ Niniejsza ustawa wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, Dz.Urz. UE L 114 z 05.05.2015, s. 24 oraz Dz.Urz. UE L 307 z 25.11.2015, s. 9).

² Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z 21.03.1985 r. o drogach publicznych, ustawę z 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, ustawę z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawę z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej, ustawę z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym, ustawę z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ustawę z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustawę z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawę z 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, ustawę z 16.12.2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz ustawę z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Rozdział 1. Przepisy ogólne

Art. 1. [Zakres przedmiotowy ustawy]

Ustawa określa zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zwanej dalej „umową koncesji”, środki ochrony prawnej oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

Spis treści

	Nb
I. Uwagi wprowadzające	1–4
II. Koncesja na gruncie prawa UE	5–9
III. Koncesja na gruncie prawa polskiego	10–14
IV. Koncesja a partnerstwo publiczno-prywatne	15–18

I. Uwagi wprowadzające

1. Komentowana ustawa weszła w życie 14.12.2016 r. uchylając 1 ustawę z 9.1.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 113 ze zm.).

2. UmowaKoncU stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 1) i jest drugą w polskim porządku prawnym ustawą w sposób kompleksowy regulującą problematykę zawierania oraz wykonywania zarówno umowy koncesji na roboty budowlane jak i umowy koncesji na usługi. UmowaKoncU wprowadziła szereg zmian wobec KoncesBudU zarówno w zakresie procedury wyboru koncesjonariusza, jak i zasad wykonywania

umowy koncesji. Zmiany te wynikają w pierwszej kolejności z wdrożenia do prawa krajowego rozwiązań przewidzianych w dyrektywie 2014/23/UE (np. zmiana definicji koncesji, doprecyzowanie pojęcia ryzyka ekonomicznego, rozbudowanie przepisów o szacowaniu wartości umowy koncesji, uregulowanie koncesji mieszanych, kryteriów kwalifikacji wykonawców, wzmocnienie znaczenia zasady przejrzystości postępowania o zawarcie umowy koncesji). Część zmian wprowadzonych do systemu zawierania umów koncesji przez UmowaKoncU realizuje z kolei zamiar prawodawcy krajowego doprowadzenia do ujednoczenia zasad prowadzenia postępowania o zawarcie umowy koncesji z zasadami udzielania zamówień publicznych (w kształcie po nowelizacji ZamPublU ustawą z 22.6.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.), w tym przyjęcia takich samych rozwiązań dotyczących systemu środków ochrony prawnej, które powinny przysługiwać wykonawcom w związku z ubieganiem się o zamówienie publiczne jak i zawarcie umowy koncesji. Na gruncie UmowaKoncU postępowanie o zawarcie umowy koncesji zachowuje jednak odrębności wobec trybów udzielania zamówień publicznych regulowanych przez ZamPublU.

- 3** 3. UmowaKoncU uchwalono 21.10.2016 r., a ogłoszono 29.11.2016 r. UmowaKoncU weszła w życie 14.12.2016 r., z wyjątkiem art. 20 ust. 1 pkt 4–7 oraz ust. 3–5, art. 48 ust. 3 i art. 50, które weszły w życie 1.1.2017 r. UmowaKoncU, wchodząc w życie zmieniła 11 ustaw. Do UmowaKoncU wydano dwa akty wykonawcze: rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 22.12.2017 r. w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2478) oraz rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 28.4.2017 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1017). Po dniu wejścia w życie UmowaKoncU, niektóre przepisy UmowaKoncU zostały zmienione.

4. UmowaKoncU tworzą 72 artykuły podzielone na 12 roz- 4
działów. Zgodnie z komentowanym artykułem przepisy określają
zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane oraz
umowy koncesji na usługi, środki ochrony prawnej oraz organy
właściwe w sprawach dotyczących zawierania umów koncesji.
W zakresie w jakim reguluje tryb zawierania umowy koncesji,
UmowaKoncU nie jest aktem prawnym tak szczegółowym jak
ZamPublU. Ustawodawca uznał, że ze względu na to, że kon-
cesjonariusz jest podmiotem narażonym na ryzyko ekonomiczne
wykonywania koncesji, to procedura jego wyboru może dopuszczać
elastyczność działania zamawiającego (por. Uzasadnienie do rzą-
dowego projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane
lub usługi, druk sejmowy Nr 612, s. 23–24).

II. Koncesja na gruncie prawa UE

1. Biorąc pod uwagę definicję partnerstwa publiczno-prywatnego 5
wynikającą z art. 2 pkt 24 rozporządzenia Parlamentu Europej-
skiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego
wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju
Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu
Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju
Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego
i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące
Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego
Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Fun-
duszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie
Rady (WE) Nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L Nr 347, s. 320)
można przyjąć, że na gruncie prawa UE zawarcie umowy
koncesji jest formą realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego.
Zgodnie bowiem z powyżej wskazanym przepisem rozporzą-
dzenia Nr 1303/2013 partnerstwa publiczno-prywatne oznaczają
formę współpracy między podmiotami publicznymi a sektorem
prywatnym, których celem jest poprawa realizacji inwestycji
w projekty infrastrukturalne lub inne rodzaje operacji realizujących
usługi publiczne, poprzez dzielenie ryzyka, wspólne korzystanie

ze specjalistycznej wiedzy sektora prywatnego lub dodatkowe źródła kapitału (por. *M. Bejm* (red.), *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 7 i n.; *A. Panasiuk*, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 24–26).

- 6 2. Zawarcie oraz wykonywanie umowy koncesji na roboty budowlane oraz umowy koncesji na usługi, podobnie jak zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym podlega, na gruncie prawa europejskiego, podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Podział zamówień dokonywanych przez sektor publiczny na klasyczne zamówienia publiczne oraz na koncesje wynikał z rozwiązań przyjętych w nieobowiązującej już dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 114; por. art. 1 ust. 2, 3 i 4). Różnice między zamówieniem publicznym a umową koncesji wynikają ze sposobu wynagrodzenia koncesjonariusza (w porównaniu z wykonawcą zamówienia publicznego) oraz przejęcia przez koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego związanego z realizacją postanowień umowy koncesji.
- 7 3. Motyw 11 dyrektywy 2014/23/UE przewiduje, że koncesje są umowami o charakterze odpłatnym, poprzez które co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych, lub świadczenie usług i zarządzanie nimi, co najmniej jednemu wykonawcy a przedmiotem umowy jest nabycie roboty budowlanej lub usługi w drodze koncesji, za które wynagrodzenie stanowi prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub korzystania z usług lub to prawo wraz z odpłatnością. Przy tym podmioty zamawiające zawsze osiągają korzyści z danych robót budowlanych lub usług.
- 8 4. Na gruncie prawa unijnego należy rozróżnić umowy koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi. Artykuł 5 pkt 1 lit. a dyrektywy 2014/23/UE przewiduje, że koncesja na roboty budowlane oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja

zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Natomiast art. 5 pkt 1 lit. b cyt. dyrektywy 2014/23/UE przewiduje, że umowa koncesji na usługi jest umową o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług (innych niż wykonanie robót budowlanych) i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością.

5. Kluczowym zagadnieniem prawnym wiążącym się z jurydycznym wyodrębnieniem koncesji jest wskazanie przez prawodawcę unijnego, że udzielenie koncesji ma miejsce jedynie wtedy, gdy zamawiający przenosi w umowie na koncesjonariusza ryzyko operacyjne związane z eksploatacją obiektów budowlanych lub usług, które obejmuje ryzyko związane z popytem lub z podażą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się przy tym, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Sposób przeniesienia na koncesjonariusza ryzyka musi powodować, że będzie on rzeczywiście narażony na wahania rynku (straty ponoszone przez koncesjonariusza, jeżeli wystąpią, nie mogą jedynie nominalne ani nieistotne, (art. 5 pkt 1 *in fine* dyrektywy koncesyjnej).

III. Koncesja na gruncie prawa polskiego

1. Na gruncie prawa polskiego instytucja koncesji na roboty jak i instytucja koncesji na usługi funkcjonują od długiego czasu. Do instytucji koncesji odwoływały się przepisy niektórych ustaw obowiązujących w okresie międzywojennym (np. ustawa

z 14.10.1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne). Formalnie instytucja umowy koncesji została uregulowana w krajowym porządku prawnym w 2004 r., kiedy to ZamPublU wprowadziła przepisy regulujące koncesję na roboty budowlane. Jednak dopiero uchwalenie KoncesBudU było równoznaczne w wprowadzeniu do polskiego systemu prawa kompleksowej regulacji prawnej instytucji umowy koncesji.

- 11** 2. UmowaKoncU przeniosła na grunt krajowy definicję koncesji przyjętą w dyrektywie 2014/23/UE. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UmowaKoncU na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi wykonania robót budowlanych, wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (art. 3 ust. 2 pkt 1 UmowaKoncU), natomiast w przypadku powierzenia mu świadczenia usług i zarządzania tymi usługami, wynagrodzenie koncesjonariusza obejmuje wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy (albo takie prawo wraz z płatnością).
- 12** 3. W ujęciu prawa krajowego koncesja na roboty budowlane, jak również koncesja na usługi, o których mowa w UmowaKoncU jest stosunkiem cywilnoprawny pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, nie zaś decyzję administracyjną w rozumieniu art. 46 i n. SwobDziałGospU.
- 13** 4. Za sprawą przepisów UmowaKoncU prawodawca krajowy przeniósł na grunt prawa polskiego definicję ryzyka ekonomicznego przyjętą w dyrektywie 2014/23/UE. Zgodnie z UmowaKoncU ryzyko ekonomiczne jest to ryzyko obejmujące popyt lub podaż (art. 3 ust. 3 UmowaKoncU), a przez jego przenoszenie należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania, koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku,

a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne. Ocena ryzyka ekonomicznego musi uwzględniać przy tym w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszelkich kosztów, przychodów i inwestycji koncesjonariusza.

5. Przepisy UmowaKoncU dotyczące koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi muszą być stosowane z uwzględnieniem przepisów innych ustaw wymuszających swe zastosowanie do przygotowania postępowań o zawarcie umowy koncesji i do wykonywania umów koncesji. Do niektórych zagadnień związanych z zawieraniem i wykonywaniem umów koncesji zastosowanie znajdują przepisy ZamPublU. Zgodnie z art. 16 ust. 1 UmowaKoncU, jeżeli przepisy ustawy koncesyjnej nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz odpowiednio wykonawcę i koncesjonariusza w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy KC. Rozwiązanie to stanowi analogię wobec art. 14 ust. 1 ZamPublU i jednoznacznie potwierdza cywilnoprawny charakter zarówno postępowania o zawarcie umowy koncesji jak i samej umowy koncesji. Do umów koncesji zastosowanie znajdują bez modyfikacji przepisy prawa podatkowego (co bardzo istotne dla koncesjonariusza, który jest użytkownikiem aktywów wytworzonych na podstawie umowy koncesji), regulacje dotyczące pomocy publicznej, czy regulacje branżowe związane z rynkiem usług, na którym wykonywana jest umowa koncesji. **14**

IV. Koncesja a partnerstwo publiczno-prywatne

1. Na gruncie prawa krajowego istnieją odrębności między koncesją a ustawowym partnerstwem publiczno-prywatnym. Czynnikiem różnicującym te dwie instytucje, jest obowiązek przejścia przez koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji. Powyższe ryzyko nie jest z mocy prawa przenoszone na partnera prywatnego w ramach przedsięwzięć PPP. W praktyce ten ustawowy podział ryzyka powoduje, że głównym źródłem przychodów koncesjonariusza powinny być **15**

opłaty od użytkowników końcowych infrastruktury (w umowach PPP całość wynagrodzenia pochodzić może od podmiotu publicznego). Ponadto w PPP wynagrodzenie partnera prywatnego musi być uzależnione od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa (art. 7 ust. 2 PartPublPrywU).

- 16** 2. W przedsięwzięciach PPP partner prywatny nie jest *ex lege* zobowiązany do zarządzania infrastrukturą i świadczenia usług, Rola partnera prywatnego może ograniczyć się do utrzymania technicznego inwestycji (por. art. 2 pkt 2 PartPublPrywU). W przypadku umowy koncesji prawo do eksploatacji infrastruktury musi natomiast odpowiadać zakresowi zadań powierzonych koncesjonariuszowi.
- 17** 3. Różnice między koncesją a PPP wynikają również z kwestii dopuszczalnej własności aktywów wykorzystywanych do świadczenia usług. UmowaKoncU nie daje podstawy prawnej do dokonania transferu własności infrastruktury na koncesjonariusza (choć dyrektywa 2014/23/UE dopuszcza, aby właścicielem majątku była strona prywatna). PartPublPrywU przewiduje możliwość wniesienia wkładu rzeczowego przez podmiot publiczny do majątku partner prywatnego. UmowaKoncU nie przewiduje też wprost możliwości zawiązania spółki zamawiającego z koncesjonariuszem.
- 18** 4. Należy zgodzić się z twierdzeniem *M. Zabłockiej*, która stwierdza, że: „pomimo wpisywania się koncesji na roboty budowlane lub usługi w definicję partnerstwa publiczno-prywatnego, instytucja koncesji charakteryzuje się dużo mniejszą elastycznością w odniesieniu do potencjalnego zakresu współpracy międzysektorowej, a przez to – koncesja sprawdzać się może jedynie w wybranych obszarach działalności sektora publicznego, tj. głównie tych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Nie zmienia to faktu, że sama procedura wyboru koncesjonariusza cechuje się mniejszym stopniem sformalizowania niż procedura wyboru partnera prywatnego w oparciu o przepisy ZamPublU” (por. *M. Zabłocka*, [w:] *R. Cieślak*, Komentarz do ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Warszawa 2018).

Art. 2. [Objaśnienie pojęć]

Ilekcroć w ustawie jest mowa o:

- 1) dokumentach koncesji – należy przez to rozumieć dokumenty, które wytworzył lub do których odwołuje się zamawiający, służące do opisanego lub ustalenia elementów umowy koncesji lub postępowania o zawarcie umowy koncesji, w tym ogłoszenie o postępowaniu o zawarcie umowy, zwane dalej „ogłoszeniem o koncesji”, wstępne ogłoszenie informacyjne, zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji, zaproszenie do składania ofert, opis przedmiotu umowy koncesji oraz inne dokumenty, w tym dotyczące sposobu przedstawiania dokumentów przez wykonawców;
- 2) działalności sektorowej – należy przez to rozumieć działalność w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), zwanej dalej „Prawem zamówień publicznych”, lub działalność związaną ze świadczeniem usług, o których mowa w art. 132 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;
- 3) koncesjonariuszu – należy przez to rozumieć wykonawcę, z którym zawarto umowę koncesji;
- 4) minimalnych wymaganiach – należy przez to rozumieć określone przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne, którym ma odpowiadać oferta;
- 5) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć obiekt budowlany w rozumieniu art. 2 pkt 5d Prawa zamówień publicznych;
- 6) postępowaniu o zawarcie umowy koncesji – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, wstępnego ogłoszenia informacyjnego albo przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa koncesji;

- 7) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 1, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2014/23/UE”, lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- 8) środkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2016 r. poz. 1030 i 1579) lub faks;
- 9) usługach – należy przez to rozumieć świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych;
- 10) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę;
- 11) zamawiającym – należy przez to rozumieć:
 - a) podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych,
 - b) przedsiębiorstwo publiczne, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo, na które podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Prawa zamówień publicznych, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio może wywierać dominujący wpływ przez:
 - posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie,
 - kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo,
 - prawo do powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa

- jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej,
- c)³ podmiot inny niż określony w lit. a i b, jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub praw wyłącznych, o których mowa w art. 3 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Spis treści

	Nb
I. Uwagi ogólne	1–2
II. Dokumenty koncesji	3–5
III. Działalność sektorowa	6–9
IV. Koncesjonariusz	10–13
V. Minimalne wymagania	14–16
VI. Obiekt budowlany	17
VII. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji	18–19
VIII. Roboty budowlane	20
IX. Środki komunikacji elektronicznej	21
X. Usługi	22
XI. Wykonawca	23–24
XII. Zamawiający	25–33

I. Uwagi ogólne

1. Artykuł 2 UmowaKoncU zawiera **katalog definicji legalnych** 1 tworzących podstawową siatkę pojęciową, którą ustawodawca posługuje się w tej ustawie.

2. Część terminów objętych słowniczkiem przyjętym w art. 2 2 UmowaKoncU nie posiada autonomicznych (samoistnych) definicji na potrzeby UmowaKoncU. Terminy te zostały **zdefiniowane poprzez odesłanie do innych ustaw**, w tym w szczególności do PrZamPubl (są to tzw. definicje pochodne). W ten sposób

³ Art. 2 pkt 11 lit. c zmieniony ustawą z dnia 5.07.2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1693), która wchodzi w życie 19.09.2018 r.

ustawodawca realizuje postulat spójności przepisów tej samej gałęzi prawa. Powyższą konkluzję wzmacnia porównanie katalogu definicji zawartego w KoncesBudU09 z komentowanym przepisem. W UmowaKoncU prawodawca zrezygnował bowiem z szeregu pojęć definiowanych autonomicznie w KoncesBudU09 (zainteresowany podmiot, kandydat, oferent) na rzecz pojęcia „wykonawca”, którym posługuje się PrZamPubl. Katalog pojęć z art. 2 UmowaKoncU zawiera cztery definicje legalne, którymi posługiwała się KoncesBudU09 (koncesjonariusz, roboty budowlane, usługi, postępowanie o zawarcie umowy koncesji), choć nadano im nowe znaczenia.

II. Dokumenty koncesji

- 3 1. Nową definicją jest definicja „dokumentów koncesji”, nieznana KoncesBudU09. Tym pojęciem są określane takie **dokumenty związane z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji, które wytworzył zamawiający lub dokumenty wytworzone przez osoby trzecie, do których zamawiający się odwołuje**. Dokumenty koncesji mają spełniać określony przez ustawodawcę cel – mają służyć do opisanie lub ustalenia elementów umowy koncesji lub postępowania o zawarcie umowy koncesji. Oznacza to, że wytworzone przez zamawiającego w związku z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji dokumenty, które nie służą opisaniu lub ustaleniu elementów umowy koncesji lub postępowania o zawarcie umowy koncesji nie będą mogły zostać uznane za dokumenty koncesji w rozumieniu UmowaKoncU. Ustawodawca definiując dokumenty koncesji poprzez cel, który mają spełniać, pozostawia pewną swobodę interpretacyjną w zakresie ustalenia, jakie dokumenty zaliczyć można do dokumentów koncesji. Wykładni tego pojęcia nie należy jednak dokonywać w oderwaniu od przykładów dokumentów koncesji (katalog otwarty) wymienionych przez ustawodawcę w art. 2 pkt 1 UmowaKoncU, do których zalicza się: 1) ogłoszenie o postępowaniu o zawarcie umowy, zwane w UmowaKoncU „ogłoszeniem o koncesji”; 2) wstępne ogłoszenie informacyjne; 3) zaproszenie do ubiegania się o zawarcie umowy

koncesji; 4) zaproszenie do składania ofert; 5) opis przedmiotu umowy koncesji oraz 6) dokumenty dotyczące sposobu przedstawiania dokumentów przez wykonawców.

2. Nie ulega wątpliwości, że zdecydowana większość dokumentów 4
wytworzonych lub opublikowanych przez zamawiającego w toku postępowania o zawarcie umowy koncesji będzie zaliczać się do dokumentów koncesji. Z tej kategorii co do zasady **należy jednak wykluczyć dokumenty kierowane bezpośrednio do poszczególnych wykonawców** takie jak np. wezwanie do uzupełnienia braków i inne podobne dokumenty, które ze swej natury nie mogą kreować opisu przedmiotu lub ustalać elementów umowy koncesji.

3. Z art. 2 pkt 4 UmowaKoncU wynika, że dokumenty koncesji 5
muszą zawierać **minimalne wymagania** techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne.

III. Działalność sektorowa

1. Ilekroć UmowaKoncU odwołuje się do działalności sektoro- 6
wej, należy przez to rozumieć **działalność w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1 PrZamPubl, lub działalność związaną ze świadczeniem usług, o których mowa w art. 132 ust. 3 PrZamPubl.**

2. Artykuł 132 ust. 1 PrZamPubl do działalności sektorowej 7
zalicza **sześć rodzajów działalności**: 1) wydobywanie ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych; 2) zarządzanie lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępnianie przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym; 3) tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; 4) tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody

pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; 5) obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych; 6) obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego; 7) przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie lub doręczanie przesyłek pocztowych.

8 3. Artykuł 132 ust. 3 PrZamPubl dodatkowo nakazuje stosowanie przepisów PrZamPubl o zamówieniach sektorowych do świadczenia usług zarządzania nad usługami polegającymi na **przyjmowaniu, sortowaniu, przemieszczaniu lub doręczaniu przesyłek pocztowych oraz usług dotyczących druków bezadresowych** (chyba że w odniesieniu do świadczenia tych usług przez tego zamawiającego Komisja Europejska wydała decyzję wyłączającą wobec nich stosowanie PrZamPubl, o której mowa w art. 138f ust. 1 PrZamPubl, albo bezskutecznie upłynął termin na wydanie takiej decyzji). UmowaKoncU posługując się pojęciem „działalność sektorowa” odnosi się również do takich usług zarządzania, przy czym należy pamiętać, że nie stanowią one działalności sektorowej, lecz przepisy dotyczące działalności sektorowej **stosuje się do nich odpowiednio.**

9 4. W rozumieniu UmowaKoncU przez działalność sektorową należy rozumieć wszystkie wymienione powyżej rodzaje działalności. To swego rodzaju uogólnienie legislacyjne nie powinno być jednak wykorzystywane do rozszerzania pojęcia „działalności sektorowej”, która niewątpliwie została przez ustawodawcę zdefiniowana poprzez **wyczerpujące wyliczenie** zawarte w art. 132 ust. 3 PrZamPubl.

IV. Koncesjonariusz

10 1. Koncesjonariusz to pojęcie stosowane także przez Konces-BudU09, gdzie oznaczało ono zainteresowany podmiot, z którym zawarto umowę koncesji. Z uwagi na wyeliminowanie z UmowaKoncU pojęcia zainteresowanego podmiotu, obecnie oznacza ono wykonawcę, z którym zawarto umowę koncesji.

2. Pojęcie koncesjonariusza stanowi kluczową definicję przewidzianą przez art. 2 UmowaKoncU. Koncesjonariusz jest bowiem obok zamawiającego stroną każdej umowy koncesji, niezależnie od jej przedmiotu. Niezmiennie, w ujęciu dotychczasowej oraz komentowanej ustawy koncesjonariusz pozostaje podmiotem, który ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. **11**

3. Jak wynika z brzmienia art. 2 pkt 3 UmowaKoncU, **12**
status koncesjonariusza wykonawca uzyskuje dopiero z chwilą zawarcia umowy koncesji, tj. z chwilą złożenia przez obie strony oświadczenia woli o zawarciu umowy koncesji w odpowiedniej formie.

4. Koncesjonariusze powinni bez wezwania przez zamawiającego **13**
dysponować dokumentami potwierdzającymi ich prawidłową rejestrację w odpowiednich rejestrach (jeśli mają zastosowanie) oraz umocowanie ich przedstawicieli do działania w imieniu koncesjonariuszy (jeśli działają przez przedstawicieli). W przypadku jednak, gdyby do wykonania określonych robót lub świadczenia określonych usług niezbędne było posiadanie określonych uprawnień lub ujawnienie w szczególnym rejestrze, to zamawiający powinien takie wymagania określić w ramach kryteriów kwalifikacji.

V. Minimalne wymagania

1. Przez pojęcie „minimalne wymagania” należy rozumieć **14**
określone przez zamawiającego w dokumentach koncesji **wymagania techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne**, którym ma odpowiadać **oferta** złożona przez wykonawcę. Pojęcie to odnosi się zatem nie tylko do merytorycznej treści oferty (wymagania techniczne, funkcjonalne, prawne), lecz również do jej zewnętrznej formy (wymagania fizyczne), co może odnosić się do sposobu sporządzenia, opakowania, dostarczenia oferty, jak również do ilości egzemplarzy lub kopii oferty, których zamawiający oczekuje. Co do wymagań technicznych i funkcjonalnych należy uznać, że dotyczyć one mogą oczekiwań zamawiającego wobec oferowanych

przez wykonawców sposobów realizacji, cech, czy parametrów robót budowlanych lub usług.

- 15 2. Przez **wymagania prawne** należy rozumieć takie warunki, jakie zgodnie z obowiązującymi w miejscu realizacji przedmiotu umowy koncesji przepisami prawa (co do zasady będzie chodzić o terytorium całej Polski, choć nie można wykluczyć sytuacji, gdy akty prawa miejscowego będą nakładały na wykonawców dodatkowe wymagania prawne), powinien spełnić koncesjonariusz wykonujący treść umowy koncesji zgodnie z jej literą. W szczególności będzie tu chodzić o konieczność uzyskania stosownych zgód, zezwoleń (lub co najmniej promes ich uzyskania), czy wpisów w rejestrach na prowadzenie działalności koniecznej do realizacji przedmiotu koncesji. Należy jednak podkreślić, że przez wymagania prawne należy rozumieć tylko takie szczególne wymagania, które związane mogą być z realizacją konkretnej umowy koncesji, a nie wymagania dotyczące wszystkich podmiotów danego rodzaju (jak np. obowiązek rejestracji spółek handlowych w Krajowym Rejestrze Sądowym). Wydaje się, że wymagania prawne będą dotyczyć przede wszystkim działalności regulowanej w danym miejscu w dacie publikacji ogłoszenia o koncesji.
- 16 3. Zgodnie z art. 21 UmowaKoncU minimalne wymagania (jeśli mają w ogóle zostać przez zamawiającego określone) **powinny zostać podane w ogłoszeniu o koncesji**. Poza wymienionymi czterema rodzajami wymagań, ustawodawca nie pozostawił zamawiającym możliwości określania dodatkowych kategorii wymagań, których spełnienia mogliby oni żądać od wykonawców.

VI. Obiekt budowlany

- 17 1. W definicji obiektu budowlanego na potrzeby UmowaKoncU ustawodawca odsyła do PrZamPubl. Zgodnie z art. 2 pkt 5d tej ostatniej ustawy, przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Przytoczona definicja nawiązuje do definicji „obektu budowlanego” zawartej w ustawodawstwie

unijnym (por. np. art. 5 pkt 8 dyrektywy 2014/24/UE). Definicja, do której odsyła art. 2 pkt 5 UmowaKoncU **kładzie zatem nacisk na funkcjonalność obiektu budowlanego rozumianą jako spełnianie przezeń funkcji, do której został przewidziany**. Jest to podejście istotnie różne od tego, które ustawodawca zaproponował w PrBud, gdzie także mowa jest o obiekcie budowlanym. Zgodnie z PrBud przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. **PrBud odwołuje się zatem wyraźnie do aspektów technicznych**. Pomijając rozważania na temat zasadności stosowania jednego terminu dla dwóch różnie definiowanych pojęć, należy wskazać, że obiekt budowlany w rozumieniu UmowaKoncU jest pojęciem szerszym od obiektu budowlanego, o którym mowa w PrBud. Może on bowiem oznaczać również zespół budynków i budowli, byleby pełniły one łącznie **jedną funkcję gospodarczą** lub techniczną (np. zespół mostów lub most z tunelem łączący wyspę z lądem, szkoła z basenem i boiskiem). Wydaje się, że użyte przez ustawodawcę w PrZamPubl (i przeniesione do UmowaKoncU) pojęcie **bliższe jest potocznemu rozumieniu słowa „inwestycja budowlana”**.

VII. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji

1. Przez **postępowanie o zawarcie umowy koncesji** należy 18 rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, wstępnego ogłoszenia informacyjnego albo przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa koncesji. Przyjęty przez ustawodawcę sposób zdefiniowania postępowania o zawarcie umowy koncesji opiera się na wymienieniu kamieni milowych tego postępowania, tj.: 1) czynności rozpoczynających bieg postępowania, gdzie obok publicznego ogłoszenia o koncesji wymienia się dwa nieznane KoncesBudU09, nowe sposoby wszczęcia postępowania, jakimi są

wstępne ogłoszenie informacyjne oraz przekazanie zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji określenia jego wyniku poprzez dokonanie wyboru wykonawcy, który zawrze umowę koncesji, lub 2) zakończenia postępowania z chwilą zawarcia umowy koncesji z wybranym wykonawcą, który w związku z tym zdarzeniem stanie się koncesjonariuszem.

- 19 2. Ramy czasowe postępowania o zawarcie umowy koncesji wyznaczają zatem następujące zdarzenia: – termin początkowy – chwila **upublicznienia** w przewidziany do tego sposób ogłoszenia lub wstępnego ogłoszenia o koncesji lub przekazanie zaproszenia do obiegania się o zawarcie umowy koncesji (w takim przypadku termin wszczęcia postępowania będzie również jednakowy dla wszystkich wykonawców-adresatów zaproszenia, bowiem zostanie ono wszczęte z chwilą przekazania, a nie doręczenia zaproszenia, oraz – termin końcowy – złożenie oświadczenia woli przez wykonawcę i zamawiającego o **zawarciu umowy koncesji** (względnie chwila złożenia takiego oświadczenia przez tę stronę umowy koncesji, która składa swoje oświadczenie później, jeśli nie są one składane równocześnie).

VIII. Roboty budowlane

- 20 1. **Roboty budowlane** oznaczają w UmowaKoncU wykonanie albo zaprojektowanie łącznie z wykonaniem robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy koncesyjnej, lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

IX. Środki komunikacji elektronicznej

- 21 1. Środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu UmowaKoncU oznaczają takie rozwiązania techniczne, w tym **urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, które umożliwiają indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między**

systemami teleinformatycznymi, w tym w szczególności pocztę elektroniczną (por. art. 2 pkt 5 ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną) lub **faks**. Pozostawienie nieco przestarzałego już faksu jako dopuszczalnego na gruncie UmowaKoncU środka porozumiewania się na odległość może budzić zdziwienie, lecz konieczne było ze względu na treść dyrektywy 2014/25/UE, która ten środek porozumiewania się wprost przewiduje. Wynika to zapewne z powodu niedostatecznej informatyzacji niektórych regionów Unii Europejskiej.

X. Usługi

1. **Usługami** w rozumieniu art. 2 pkt 9 UmowaKoncU są **22** świadczenia, których przedmiotem **nie są roboty budowlane lub dostawy** w rozumieniu art. 2 pkt 2 PrZamPubl (definicja negatywna). UmowaKoncU przewiduje więc **szeroką definicję usług**, do których nakazuje zaliczać każde świadczenie, które może wykonywać koncesjonariusz, niemieszczące się w pojęciu robót budowlanych lub dostaw (zgodnie z art. 2 pkt 2 PrZamPubl dostawy to nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację).

XI. Wykonawca

1. **Wykonawca** w rozumieniu UmowaKoncU to osoba fizyczna, **23** osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej (tzw. ułomna lub ustawowa osoba prawna), która ubiega się o zawarcie umowy koncesji lub złożyła ofertę lub grupę takich podmiotów. Jak wynika z przytoczonej definicji, od wykonawcy nie wymaga się by był przedsiębiorcą, co oznacza, że **wykonywanie działalności gospodarczej nie jest warunkiem koniecznym do zostania wykonawcą w rozumieniu UmowaKoncU**.

2. Z definicji wykonawcy zawartej w UmowaKoncU wynika wprost, że ustawodawca dopuścił **grupowe ubieganie się** **24**

o zawarciu umowy koncesji. Ustawodawca nie wskazał jednak dopuszczalnych form takiej wielopodmiotowości, przez co należy rozumieć, że jest ona nieograniczona i wziąć udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji mogą wykonawcy, którzy związali się obligacyjnym stosunkiem konsorcjum lub spółki cywilnej, a także handlowa spółka celowa powołana przez kilka podmiotów potencjalnie zainteresowanych ubieganiem się o zawarcie umowy koncesji.

XII. Zamawiający

- 25** 1. Kolejnym i zarazem ostatnim zdefiniowanym w słowniczku zawartym w UmowaKoncU jest „**zamawiający**”. Pojęcie to, występujące dotychczas w PrZamPubl zastąpiło dawniej obowiązujące w regulacji koncesyjnej pojęcie „koncesjodawca”. Jest to zmiana zasadna – zasadniczo bowiem te same podmioty są zobowiązane do stosowania zarówno UmowaKoncU jak i PrZamPubl. Dodatkowo, zmiana ta ułatwia rozróżnianie podmiotu publicznego będącego stroną umowy koncesji od organu administracji publicznej wydającego koncesję – rozumianą jako zezwolenie administracyjnoprawne na prowadzenie określonego rodzaju działalności.
- 26** 2. Zgodnie z art. 2 pkt 11 UmowaKoncU, zamawiającym jest:
- 1) podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a PrZamPubl;
 - 2) przedsiębiorstwo publiczne, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo, na które podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a PrZamPubl, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio może wywierać dominujący wpływ przez: – posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie, – kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo, – prawo do powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa, – jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej;
 - 3) podmiot inny niż określony w 1) i 2), jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw

szczególnych lub praw wyłącznych innych niż prawa, o których mowa w art. 3 ust. 2 PrZamPubl.

3. Podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a PrZamPubl to jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Podmioty te wymienia art. 9 FinPublU, zgodnie z którym sektor finansów tworzą: **27**

- a) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- b) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
- c) związki metropolitalne;
- d) jednostki budżetowe;
- e) samorządowe zakłady budżetowe;
- f) agencje wykonawcze;
- g) instytucje gospodarki budżetowej;
- h) państwowe fundusze celowe;
- i) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- j) Narodowy Fundusz Zdrowia;
- k) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
- l) uczelnie publiczne;
- m) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
- n) państwowe i samorządowe instytucje kultury;
- o) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

4. Artykuł 9 pkt 14 FinPublU mówi również o „innych państwowych lub samorządowych osobach prawnych (...)” co oznacza, że **katalog ten nie ma charakteru zamkniętego**. Jednostki wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl to inne, niż określone w pkt 1 powyżej, państwowe jednostki organizacyjne **28**

nieposiadające osobowości prawnej. Zalicza się do nich państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które nie należą do jednostek sektora finansów publicznych wymienionych w art. 9 FinPublU. Są nimi wyodrębnione państwowe jednostki organizacyjne korzystające z mienia Skarbu Państwa, uzależnione od państwa działające przez swoje organy.

- 29 5. Kategorię podmiotów wymienioną w art. 3 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl tworzą natomiast **podmioty prawa publicznego**, a więc osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

– o ile taki podmiot nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

- 30 6. Ostatnią grupę podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 PrZamPubl tworzą związki podmiotów, o których mowa powyżej. Przez „związek podmiotów” należy rozumieć **zrzeszenie samodzielnych podmiotów wyróżniające się odrębnością organizacyjną**. Dla powstania obowiązku stosowania UmowaKoncU wystarczające będzie, że co najmniej jeden z podmiotów zrzeszonych ma obowiązek jej stosowania – w przeciwnym wypadku dochodziłoby do obchodzenia stosowania przepisów UmowaKoncU.

- 31 7. Kolejną kategorię zamawiających, wymienioną wprost w art. 2 pkt 11 lit. b UmowaKoncU, a nie wskazaną poprzez odesłanie do PrZamPubl, stanowią **przedsiębiorstwa publiczne**, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwa, na które podmioty, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, PrZamPubl, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio, mogą wywierać dominujący wpływ przez:

- a) posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie,
- b) kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo,
- c) prawo do powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa,
– a to przedsiębiorstwo ma jako zamawiający zawrzeć umowę koncesji w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej.

8. Zamawiającym w rozumieniu komentowanej jednostki redakcyjnej **będą zatem inne podmioty, niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu FinPublU**, lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej albo podmioty prawa publicznego Wymienione w art. 2 pkt 11 lit. b UmowaKoncU przesłanki dotyczące kontroli nie muszą być spełnione łącznie. Wystarczy aby spełniona była jedna z nich, żeby uznać, iż doszło do wywierania dominującego wpływu. **32**

9. Ostatni krąg zamawiających w rozumieniu UmowaKoncU **33** – wymieniony w art. 2 pkt 11 lit. c UmowaKoncU – tworzą podmioty inne niż wskazywane powyżej, jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, a działalność ta jest wykonywana **na podstawie praw szczególnych lub praw wyłącznych**, o których mowa w art. 3 ust. 2 PrZamPubl. Przyjęte rozwiązanie rozszerza zakres stosowania UmowaKoncU w porównaniu z uchyloną KoncesBudU09.

Art. 3. [Zakres umowy koncesji, ryzyko ekonomiczne koncesjonariusza]

1. Na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem.

2. W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi:

- 1) wykonania robót budowlanych – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego

będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);

- 2) świadczenia usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

3. Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.

4. Przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.

5. Oceniając ryzyko ekonomiczne, uwzględnia się w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza.

Spis treści

	Nb
I. Uwagi ogólne	1–9
II. Klasyfikacja umowy koncesji jako czynności prawnej	10–11
III. Strony umowy koncesji	12
IV. Typy umowy koncesji w UmowaKoncU	13–15
V. Roboty budowlane	16–17
VI. Usługi	18–19
VII. Wynagrodzenie	20–27
VIII. Ryzyko ekonomiczne	28–32

I. Uwagi ogólne

- 1 1. Komentowany przepis wprowadza do polskiego systemu prawa definicję legalną umowy koncesji oraz określa zakres

przedmiotowy tej umowy. Ponadto, art. 3 UmowaKoncU reguluje również zagadnienia dotyczące problematyki wynagrodzenia należnego koncesjonariuszowi oraz podziału ryzyka ekonomicznego w umowie koncesji.

2. Artykuł 3 UmowaKoncU stanowi transpozycję art. 5 pkt 1 2 dyrektywy 2014/23/UE, który definiuje pojęcie koncesji na gruncie prawa UE. Zgodnie z art. 5 pkt 1 dyrektywy 2014/23/UE: 1) koncesja na roboty budowlane oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością, a 2) koncesja na usługi oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Wprowadzenie definicji legalnej umowy koncesji na gruncie prawa europejskiego miało usunąć problemy z brakiem pewności co do odróżnienia umów koncesji na roboty budowlane lub usługi od klasycznych zamówień publicznych. Ze względu na istnienie definicji koncesji na gruncie prawa UE, dokonanie kwalifikacji konkretnego stosunku prawnego w prawie krajowym w taki lub inny sposób nie ma wpływu na to, czy jest on objęty zakresem stosowania art. 5 pkt 1 dyrektywy 2014/23/UE.

3. UmowaKoncU, odmiennie niż KoncRobU, nie wprowadza 3 odrębnego katalogu istotnych postanowień umowy koncesji (znajdował się on w art. 22 KoncRobU). Elementami konstytuującymi umowę koncesji jako umowę nazwaną prawa polskiego są: 1) przedmiot tej umowy dotyczący powierzenia robót budowlanych lub usług, 2) sposób uzyskiwania przez wykonawcę wynagrodzenia, 3) sposób alokacji ryzyka ekonomicznego związanego z eksploata-

cją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług (obejmującego ryzyko związane z popytem lub podażą) przenoszący powyższe ryzyko na koncesjonariusza.

- 4 4. UmowaKoncU wymusza swoje zastosowanie do wszystkich umów przewidujących zasady współpracy stron takie jak zasady przewidziane w art. 3 UmowaKoncU, z zastrzeżeniem wyłączeń wskazanych w art. 5 UmowaKoncU.
- 5 5. Umowami koncesji w rozumieniu UmowaKoncU nie są umowy mające inną charakterystykę prawną niż wskazana w komentowanym artykule. Umowami koncesji nie są zatem umowy przyznające kontrahentowi podmiotu publicznego prawo do eksploatacji zasobów publicznych, takich jak np. nieruchomości. Tym samym oddanie do użytkowania działki w porcie morskim, o ile nie jest połączone z powierzeniem koncesjonariuszowi konkretnych robót budowlanych lub usług nie jest przypadkiem zawarcia umowy koncesji w rozumieniu UmowaKoncU i nie znajdują do niego zastosowania przepisy UmowaKoncU (podobnie zresztą jak przepisy dyrektywy 2014/23/UE).
- 6 6. Za umowy koncesji, do których nie znajduje zastosowania UmowaKoncU należy uznać umowy, w których wykonawca jest opłacany na podstawie taryfy regulowanej, wyliczonej tak, aby pokryć wszystkie koszty i inwestycje dokonane przez wykonawcę za świadczenie usługi. Oznacza to bowiem, że przepisy taryfowe nie ograniczają a eliminują ryzyko ekonomiczne, przewidując udzielenie koncesjonariuszowi gwarancji osiągnięcia progu rentowności inwestycji i odzyskania kosztów poniesionych na obsługę umowy. Należy jednak wskazać, że za umowę koncesji w rozumieniu UmowaKoncU może zostać uznana umowa, która ogranicza ryzyko operacyjne wykonawcy postanowieniami zapewniającymi wykonawcy częściową rekompensatę, np. w przypadku wcześniejszego zakończenia obowiązywania koncesji z powodów leżących po stronie zamawiającego lub z powodów działania siły wyższej.
- 7 7. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 25.3.2010 r. (C-451/08, *Helmut Müller*, Legalis) wskazał, że udzielenie koncesji na roboty budowlane wyklucza sytuacja,

gdy podmiot, któremu ma być udzielona koncesja, jest już właścicielem nieruchomości, na którym ma zostać wzniesiony obiekt budowlany (por. wyr. TSUE z 25.3.2010 r., C-451/08, Zb.Orz. 2010, s. I-02673, pkt 73).

8. Podobnie za umowy koncesji nie mogą zostać uznane umowy 8
zawarte na czas nieoznaczony.

9. Na gruncie UmowaKoncU, inaczej niż PartPublPrywU, usta- 9
wodawca nie wprowadził wprost wymogu związanego z przeprowa-
dzeniem analiz przedrealizacyjnych przed podjęciem decyzji o za-
warciu umowy koncesji na roboty budowlane lub umowy koncesji
usługi. Konieczność przeprowadzenia analiz przedrealizacyjnych
można jednak wyprowadzić z brzmienia art. 3 ust. 5 UmowaKoncU
oraz przewidzianego przez UmowaKoncU wymogu szacowania
wartości zamówienia, które wiążą wartość koncesji z przychodami,
które mogą zostać osiągnięte przez koncesjonariusza w trakcie
wykonywania umowy koncesji.

II. Klasyfikacja umowy koncesji jako czynności prawnej

1. Umowa koncesji jest czynnością prawną wielostronną, kon- 10
sensualną, kauzalną, odpłatną i wzajemną.

2. Kluczowe dla uznania umowy koncesji za umowę odpłatną jest 11
uzyskiwanie przez każdą ze stron bezpośredniej korzyści gospodar-
czej w zamian za własne świadczenie (wyr. TSUE z 29.10.2009 r.,
C-536/07, *Komisja przeciwko Niemcom*, Legalis, pkt 48; *M. Szydło*,
Prawna koncepcja zamówienia publicznego, s. 179 i n.), co zakłada
również wzajemność świadczeń. Korzyść dla zamawiającego może
przy tym wynikać z tego, że świadczenie koncesjonariusza jest
realizowane na podstawie zamówienia zamawiającego, a jego
wykonywanie przez koncesjonariusza nawet na rzecz osób trzecich
odpowiada potrzebom zamawiającego wynikającym z konieczności
realizacji pewnych zadań przewidzianych przez przepisy prawa ma-
terialnego (por. wyr. TSUE z 25.3.2010 r., C-451/08, Zb.Orz. 2010,
s. I-02673, pkt 48). To aby można było mówić, że zamawiający
uzyskał przysporzenie gospodarcze, nie wiąże się ze spełnieniem

wymogu bezpośredniego nabycia przez zamawiającego rzeczy albo praw.

III. Strony umowy koncesji

- 12** 1. Stronami umowy koncesji zgodnie z komentowaną ustawą są zamawiający w rozumieniu art. 2 pkt 11 UmowaKoncU oraz koncesjonariusz, czyli, co do zasady, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w toku postępowania o zawarciu umowy koncesji. Umowa koncesji w rozumieniu UmowaKoncU nie może zostać zawarta przez podmioty niepodpadające pod definicję zamawiającego w rozumieniu komentowanej ustawy.

IV. Typy umowy koncesji w UmowaKoncU

- 13** 1. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UmowaKoncU na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. UmowaKoncU rozróżnia dwa typy umowy koncesji: 1) umowę koncesji na roboty budowlane oraz 2) umowę koncesji na usługi.
- 14** 2. Umowa koncesji na roboty budowlane to umowa przewidująca wykonanie robót budowlanych w zamian za wynagrodzenie stanowiące wyłącznie prawo wykonawcy do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością.
- 15** 3. Umowa koncesji na usługi to umowa przewidująca świadczenie usług w zamian za wynagrodzenie stanowiące wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością.

V. Roboty budowlane

- 16** 1. Roboty budowlane, o których mowa w komentowanym artykule, których powierzenie jest objęte przedmiotem umowy

koncesji na roboty budowlane to roboty budowlane zdefiniowane w art. 2 UmowaKoncU.

2. Zgodnie z pkt. 7 art. 2 UmowaKoncU przez roboty budowlane 17 należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy 2014/23/UE, lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

VI. Usługi

1. Usługi, o których mowa w komentowanym artykule, których 18 powierzenie jest objęte przedmiotem umowy koncesji na usługi to usługi zdefiniowane w art. 2 UmowaKoncU.

2. Zgodnie z pkt. 9 art. 2 UmowaKoncU przez usługi należy ro- 19 zumieć świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 PrZamU.

VII. Wynagrodzenie

1. Zgodnie z komentowanym artykułem wynagrodzenie konce- 20 sjonariusza stanowi: 1) w przypadku umowy koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością, a 2) w przypadku umowy koncesji na usługi – wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością.

2. Rozwiązanie przyjęte przez prawodawcę w art. 3 Umowa- 21 KoncU powoduje, że podstawą wynagrodzenia koncesjonariusza – dającą mu przeważającą część korzyści ekonomicznej związanej z wykonywaniem umowy koncesji – muszą być przysporzenia (najczęściej płatności) pochodzące od osób trzecich (w praktyce najczęściej użytkowników końcowych obiektu budowlanego wytworzonego przez koncesjonariusza, albo odbiorców usług świad-

czonych przez koncesjonariusza). Nie wyklucza to możliwości uzyskiwania przez koncesjonariusza części przysporzeń w drodze świadczeń wykonywanych przez zamawiającego, ale ewentualne przysporzenia pochodzące od zamawiającego nie mogą stanowić jedyne źródła wynagrodzenia koncesjonariusza.

- 22** 3. Nie budzi wątpliwości, że na podstawie umowy koncesji, koncesjonariuszowi musi przypadać prawo do czerpania pożytków z eksploatacji obiektu w stosunkach z jego użytkownikami, a nie samo prawo do korzystania z obiektu budowlanego. Analogiczna uwaga znajduje zastosowanie do wykonywania usługi (por. A. Sołtysińska, Komentarz, 2006, s. 66).
- 23** 4. Wynagrodzenie uzyskiwane przez koncesjonariusza nie musi przybierać formy pieniężnej. Odpłatność umowy koncesji może realizować się za sprawą jakiegokolwiek korzyści majątkowej, którą uzyskuje koncesjonariusz. Za korzyść majątkową może być uznane jakiegokolwiek świadczenie, które przedstawia wartość pieniężną.
- 24** 5. Na gruncie prawa polskiego pewne wątpliwości może budzić to jak powinno być interpretowane pojęcie „prawo do eksploatacji”, do którego komentowana ustawa odwołuje się w definicji umowy koncesji na roboty budowlane. Prawo polskie, co do zasady, gdy opisuje typy uprawnień podmiotu prawa do rzeczy, posługuje się pojęciem „prawo do korzystania”. Doktryna polskiego prawa cywilnego uznaje przy tym właściwie jednolicie, że prawo do korzystania z rzeczy obejmuje uprawnienie do używania rzeczy (*ius utendi*) oraz prawo do pobierania pożytków (*ius fruendi*). Tak rozumieć należy także zakres prawa do eksploatacji. Interpretacja użytego w komentowanym przepisie pojęcia „prawo do eksploatacji” w świetle przepisów prawa UE pozwala uznać, że prawo do eksploatacji oznacza uprawnienie do żądania opłat od osób trzecich – użytkowników obiektu budowlanego.
- 25** 6. Z kolei, sformułowanie „prawo do wykonywania usługi” użyte w definicji umowy koncesji na usługi powinno być rozumiane jako uprawnienie obejmujące swoim zakresem prawo do pobierania pożytków ze świadczonej usługi.

7. Mechanizm wynagradzania koncesjonariusza przewidziany w UmowaKoncU jest mechanizmem analogicznym do tego, który wprowadzała KoncRobU. **26**

8. Część wynagrodzenia koncesjonariusza może pochodzić od zamawiającego i zostać przekazana koncesjonariuszowi w formie płatności, o której mowa w art. 3 ust. 2 UmowaKoncU. Pojęcie „płatność”, o którym mowa w art. 3 ust. 2 UmowaKoncU odnosi się do przypadku przekazania koncesjonariuszowi przez zamawiającego środków finansowych w formie pieniężnej. Dopuszczalne wydaje się jednak to, aby zobowiązanie koncesjonariusza do dokonania na rzecz zamawiającego płatności pewnej kwoty pieniężnej zostało wykonane alternatywnie za sprawą przekazania koncesjonariuszowi określonej nieruchomości przez zamawiającego. Może to oczywiście dotyczyć zamawiających, którzy nie podlegają przepisom GospNierU. **27**

VIII. Ryzyko ekonomiczne

1. W przypadku zamówień publicznych wynagrodzeniem wykonawcy jest płatność uiszczana przez zamawiającego w zamian za wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw. W zamówieniach publicznych wykonawca, o ile prawidłowo zrealizuje swoje świadczenie wobec zamawiającego, otrzyma od niego wynagrodzenie w pełnej wysokości. Tymczasem, w przypadku koncesji, koncesjonariusz uzyskuje wynagrodzenie za sprawą eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usługi, co oznacza przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka pozytywnego dla niego efektu ekonomicznego wykonywania koncesji. Tym samym na koncesjonariusza, inaczej niż na wykonawcy w klasycznych zamówieniach publicznych, przeniesione zostało ryzyko operacyjne związane z eksploatacją wytworzonych obiektów albo świadczeniem usługi na rzecz osób trzecich. Taka konstrukcja modelu wynagrodzenia oznacza rzecz jasna brak gwarancji po stronie koncesjonariusza co do osiągnięcia zwrotu z inwestycji zrealizowanej przez koncesjonariusza w celu wykonania jego zobowiązań z umowy koncesji wobec zamawiającego. **28**

- 29** 2. Artykuł 3 ust. 3 UmowaKoncU przewiduje, że koncesjonariusz musi ponosić ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą. UmowaKoncU doprecyzowuje, że przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne. Należy uznać, że w rozumieniu UmowaKoncU ryzyko ekonomiczne to ryzyko powodujące, że w normalnych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji, a przeniesienie na niego tego ryzyka następuje dopiero wtedy, gdy straty ponoszone przez koncesjonariusza na skutek wahaniami rynku nie mogły mieć jedynie charakteru nominalnego lub nieistotnego.
- 30** 3. Ryzyko ekonomiczne w rozumieniu UmowaKoncU to ryzyko wynikające z czynników, które pozostają poza kontrolą stron umowy koncesji. Na potrzeby oceny ryzyka ekonomicznego powinna być uwzględniana w spójny i jednolity sposób wartość bieżąca netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza związanych z realizacją przedmiotu koncesji. Koncesjonariusz otrzymuje wynagrodzenie (rozumiane jako prawo eksploatacji lub częściowa płatność od zamawiającego) dopiero w wyniku eksploatacji zrealizowanego przez siebie obiektu budowlanego lub po rozpoczęciu świadczenia usług.
- 31** 4. W art. 3 UmowaKoncU ustawodawca nie odwołuje się już, tak jak było to pod KoncRobU, do konieczności przeniesienia na koncesjonariusza „większości ryzyka”, czy „przeważającej części ryzyka”. Ustawodawca świadomie zrezygnował z powtórzenia takiej formuły w UmowaKoncU, przenosząc problematykę wyma-

ganej w umowie koncesji alokacji ryzyk na płaszczyznę ryzyka operacyjnego, które musi być przeniesione na koncesjonariusza. Tym samym w umowie koncesji nie jest konieczne przeniesienie całości ryzyka ekonomicznego na koncesjonariusza. Konstrukcja umowy koncesji przyjęta w UmowaKoncU nie wyklucza również ustanowienia instrumentów gwarancyjnych ograniczających ryzyko koncesjonariusza. Należy zgodzić się z *M. Zabłocka*, że: „Dopóki zamawiający nie narusza podstawowej zasady udzielenia koncesji i nie ustanawia takich mechanizmów finansowych (lub gwarancyjnych), które zapewnią koncesjonariuszowi minimalny przychód (co najmniej równy poczynionym inwestycjom i kosztom, które koncesjonariusz musi ponieść w związku z wykonaniem umowy koncesji), dopóty można twierdzić, że mamy do czynienia z projektem o charakterze koncesyjnym. Dla przykładu jeśli gmina zdecydowała się na powierzenie budowy i zarządzania parkingiem podziemnym zlokalizowanym przy urzędzie miasta partnerowi prywatnemu, twierdząc że przenosi na koncesjonariusza ryzyko popytu (rozumiane jako prawo określania maksymalnej opłaty za parkowanie), a jednocześnie zagwarantowałaby koncesjonariuszowi stałą opłatę (abonament) za zajęcie 85% udostępnionych miejsc parkingowych (np. z przeznaczeniem dla pracowników i klientów urzędu), która byłaby należna koncesjonariuszowi bez względu na liczbę faktycznie zajętych miejsc, to w takim przypadku, ryzyko ekonomiczne nie zostałoby przeniesione na stronę prywatną, a więc nie mielibyśmy do czynienia z projektem o charakterze koncesyjnym”. Por. *M. Zabłocka*, [w:] *R. Cieślak*, Komentarz, Warszawa 2018, s. 19).

5. Ustawodawca dopuszcza możliwość współfinansowania przedmiotu koncesji przez zamawiającego. Płatność zamawiającego na rzecz koncesjonariusza nie może jednak prowadzić do odzyskania przez koncesjonariusza całości poniesionych przez niego nakładów. Z orzecznictwa TSUE jednoznacznie wynika, że istota koncesji polega na tym, że koncesjonariusz sam ponosi główne, lub co najmniej zasadnicze, ryzyko związane z eksploataowaniem obiektu albo wykonywaniem usługi (zob. wyr. TSUE z 10.9.2009 r., C-206/08, *Eurawasser*, Zb.Orz. 2009, s. I-8377, pkt 59, 77).